Current Issue Review 89-11E

ABORIGINAL RIGHTS

Wendy Moss
Law and Government Division

8 November 1989
Revised 27 March 1991

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1991

Cat. No.

ISBN

YM32-1/89-11-1991-03E
0-660-14165-5

N.B. Any substantive changes in this publication which have been made since the preceding issue are indicated in **bold print.**

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

92-00558/

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ABORIGINAL RIGHTS

ISSUE DEFINITION

Aboriginal rights can be defined, in part, as the pre-existing rights of the indigenous people of this continent; that is, as rights having their source in the period before aboriginal contact with European nations and surviving, to an undetermined degree, Euro-Canadian settlement and assertions of sovereignty.

Aboriginal rights is a term that conceivably covers the broadest range of matters of special concern to aboriginal people, from aboriginal title, treaty rights and self-government to cultural and religious rights. In the context of Canadian federalism, the term defines the relationship between aboriginal people (collectively and individually) and the provincial and federal governments. Aboriginal rights arise from the simple historical fact, expressed by Mr. Justice Judson of the Supreme Court of Canada in *Calder*, that "When the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries." The law relating to aboriginal rights has traditionally been characterized more by grey areas than legal certainties. The concept of a legally defined doctrine of aboriginal rights has taken on new significance since the enactment of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which states "the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed." A series of First Ministers' Conferences with aboriginal participation, ending in 1987, failed to produce an amendment to s. 35 relating to aboriginal rights to self-government. Agreement essentially broke down over whether an aboriginal right to self-government should be constitutionally recognized as an inherent right enforceable at law or in the form of delegated federal or provincial authority and contingent on agreements to be negotiated later.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Since the last First Ministers' Conference on these matters in 1987, the key areas of activity have been:

1) discussion of indigenous rights matters at the international level;

   (In June 1989, the International Labour Organization revised the only existing international instrument on indigenous rights. Convention 169, the Indigenous and Tribal Peoples' Convention awaits ratification before coming into force. Also, the United Nations Working Group on Indigenous Populations has drafted a Declaration of Indigenous Rights that may come before the U.N. General Assembly for consideration if recommended by other entities within the U.N. structure.)

2) increased litigation regarding s. 35 of the *Constitution Act, 1982,* aboriginal title questions and the fudiciary obligation of the federal government towards aboriginal people;

3) an escalation in civil disobedience and protest actions by aboriginal people primarily focusing on land claims issues.

BACKGROUND AND ANALYSIS

A. Background

British colonial powers did not arrive in the "New World" with a defined set of legal principles relating specifically to aboriginal. rights, according to Professor Sanders of the University of British Columbia Law Faculty. Colonial theory on this subject was developed in an *ad hoc* manner as European settlement moved westward. The result was an inconsistent treatment of Canada's aboriginal people with respect to land and other rights. This inconsistency is demonstrated by the fact that large parts of Canada are not covered by treaty (most of Quebec, B.C. and the two territories) and by the existence of different types of treaties, ranging from treaties of peace and friendship (in the Maritimes, for example) to those dealing with various questions such as land cession, hunting rights and government services (the numbered western treaties).

The pattern of obtaining cessions of land rights and establishing reserve lands in advance of non-native settlement only began after the Royal Proclamation of 1763, which prohibited sales of Indian lands to private interests and stipulated a specific procedure for government acquisition of these lands.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Nevertheless aboriginal people have always occupied a unique constitutional position in Canada. They are the only group of people to whom a distinct head of power refers: s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* gives the federal government exclusive jurisdiction over "Indians and lands reserved for the Indians." There are many other constitutional expressions of this special status in the statutes, documents and conventions which collectively make up the Constitution of Canada (e.g. the hunting, fishing and trapping protections under the Natural Resources Transfer Agreements for each of the prairie provinces). This distinct position was enhanced and made more express with the enactment of special provisions relating to aboriginal rights in the *Constitution Act, 1982:* ss. 25, 35, 35.1 and 37 and 37.1. Of these, s. 35, recognizing and affirming aboriginal rights, is the most important.

Until recently, aboriginal rights litigation was primarily concerned with determining the extent to which the territory of Canada is subject to aboriginal title. Case law has clearly established that surrender of aboriginal title can be made only to the federal Crown and that, upon surrender, the aboriginal interest (outside of the territories) immediately passes to the provincial Crown, producing an unencumbered Crown title to such lands. Case law in the 1970s has provided some guidance on the requirements of establishing the existence of aboriginal title *(Hamlet of Baker Lake* v. *Min. of Indian Affairs).* However, the case law has not been very informative on the scope and content of aboriginal title. The few cases to have reached the Supreme Court of Canada have not said much more than that aboriginal title exists at common law, independently of the application of the Royal Proclamation of 1763, and that in certain circumstances aboriginal title may give rise to a fiduciary (trust) obligation on the part of the federal government.

In the 1985 decision, *Guerin* v. *The Queen* (S.C.C.), Mr. Justice Dickson (as he then was), along with three other members of the Court, stated that aboriginal title is a unique interest that is not properly described as a beneficial interest or as a personal "usufructuary" right. Mr. Justice Dickson stated:

> The nature of the Indians' interest is therefore best characterized by its general inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered. Any description of Indian title that goes beyond these two features is both unnecessary and potentially misleading.

In the 1989 Supreme Court of Canada case *Canadian Pacific Ltd.*, the Court stated:

> The inescapable conclusion of the Court's analysis of Indian title up to this point is that the Indian interest in land is truly *sui generis*. It is more than the right to enjoyment and occupancy although, as the Chief Justice pointed out in *Guerin*, it is difficult to describe what more in traditional property law terminology.

Before the late 1960s, aboriginal title issues were typically raised in cases between the two levels of government or between individuals holding conflicting property interests granted by the two levels of government. Several significant cases in this area were decided without any aboriginal litigants. There was also a long period when the *Indian Act* prohibited the collecting of funds for the purposes of aboriginal rights litigation. The continuing narrow focus of land claims litigation in the early 1970s is said to have resulted from the influence of non-native lawyers.

Aboriginal title cases now typically involve much more than mere property rights questions. Current litigation is raising questions such as the extent to which indigenous political and legal orders have been preserved along with aboriginal title and whether or not an inherent right to self-government exists and has been guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The Gitskan Wet'suwet'en case argued in early 1990 before the British Columbia Supreme Court *(Delgamuukw* v. *The Queen)* is perhaps the most significant aboriginal title case to reach Canadian courts. A decision was rendered by Chief Justice McEachern on 8 March 1991. The decision treated the concept of "Indian title" as interchangeable with that of "aboriginal rights" and defined aboriginal rights as limited to "residential and sustenance user rights." More particularly, aboriginal rights were defined as the people's "rights

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

arising from ancient occupation or use of land, to hunt, fish, take game animals, wood, berries and other foods and materials for sustenance and generally to use the lands in the manner they say their ancestors used them."

The Court denied the Gitskan and Wet'Suwet'en claims that sovereignty and jurisdiction over traditional lands are incidents of aboriginal title. The Court also held that prior to 1982 aboriginal rights existed at the pleasure of the Crown, which could extinguish them whenever it expressed its intention to do so in a clear and plain fashion. In this case, the aboriginal rights (title) of the Gitskan and Wet'Suwet'en people were considered to be extinguished as a result of pre-Confederation colonial enactments intended to give unburdened title to settlers.

Many have criticized this controversial decision as seriously out of step with recent Supreme Court of Canada decisions such as *Sioui* and *Sparrow* and it has been suggested that there is a racist bias in the decision's language and analysis. The decision will most likely be appealed and the Assembly of First Nations has expressed the wish of the plaintiffs to have the case go directly to the Supreme Court of Canada.

The Supreme Court of Canada has not defined the nature of "Indian" treaties any more specifically than the concept of aboriginal rights. The Court has held that an Indian treaty is an agreement *sui generis* (unique) which is neither created nor terminated according to the rules of international law *(Simon)*. In *Sioui*, the Supreme Court held that in 1760 "relations with Indian tribes fell somewhere between the kind of relations conducted between sovereign states and the relations that such states had with their own citizens." The Supreme Court has, however, enunciated several guiding principles for the interpretation of "Indian" treaty rights. Treaties are to be given a fair, liberal and generous interpretation, and any ambiguity is to be resolved in favour of the aboriginal party. Treaties are to be construed in the sense they would naturally have been understood by the aboriginal party; evidence, by conduct or otherwise, of how the parties understood the treaty is of assistance in determining content *(Simon* and *Nowegijick* cases).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

These same principles are to be applied to the threshold question of whether a particular agreement with Indians constitutes a "treaty" *(Simon* (1985) and *Sioui* (1990)). In such an inquiry, the Court must ask whether it was reasonable for the Indians to have assumed that the person with whom they were dealing had the authority to enter into a valid treaty with them, taking into account the circumstances and the position of the other party. The historical context of negotiations is relevant to determining whether a treaty exists, its interpretation and its territorial application where this is not expressly evident *(Sioui)*. The Supreme Court of Canada has indicated that the rationale for this liberal approach to treaty interpretation is the disadvantaged bargaining position of the Indian people at the time these historic treaties were negotiated *(Sioui)*.

The *Sioui* case is also significant for holding that an agreement may be a treaty regardless of whether the Indian party could claim historical occupation or possession of any particular lands, and even where the agreement in question deals exclusively with non-land matters, such as political or social rights. The Court rejected the argument that "non-use" of a treaty over a long period of time could extinguish its effect.

Apart from aboriginal title cases, most of the litigation currently before the courts regarding the interpretation and effect of s. 35 is focused on the degree to which treaty and aboriginal rights to hunt and fish may be regulated and diminished by federal and provincial legislation.

B. Federal Land Claims Policy

Prior to 1973, the federal government took the position that aboriginal title did not exist as a concept in Canadian common law. The 1973 Supreme Court decision in *Calder* and other lower court decisions caused the government to reverse this position and to issue a formal policy to govern an out-of-court process for negotiating the settlement of claims based upon unextinguished aboriginal title. Such claims have been termed "comprehensive claims" because settlement agreements are expected to deal with a wide range of issues from land entitlement to wildlife management.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Current policy is also intended to address "specific claims." These claims are regarded as constituting specific legal obligations arising out of treaties, other agreements, or from federal management and administration of Indian assets.

The process of reaching agreement on comprehensive and specific claims has been very slow. The process and many aspects of the policy itself have been severely criticized by aboriginal and other observers such as the Canadian Bar Association.

Between 1973 and 1989, only three Final Agreements respecting comprehensive claims were reached: the James Bay and Northern Quebec Agreement (1975), the Northeastern Quebec Agreement (1978) and the Inuvialuit Final Agreement (1984). In 1990 significant movement occurred; two additional Final Agreements in the North were concluded, but one of these, the Dene/Metis claim in the N.W.T., was not ratified by all the communities. As a result, the federal government has terminated negotiations at the regional level. The Tungavik Federation of Nunavut claim in the Eastern Arctic may reach Final Agreement stage in 1991. The focus of claims policy and process has shifted to the 14 comprehensive claims awaiting negotiation in British Columbia. Nationally, 25 unsettled claims have been accepted for negotiation. The federal government has lifted the limit on the number of comprehensive claims under active negotiation at any one time and is engaged in discussions with some B.C. First Nations on expediting the process for negotiating comprehensive claims.

The success of the comprehensive claims policy is greatly hampered south of the 60th parallel because Crown lands required for settlement purposes are held in right of the province. There are also issues relating to the degree to which provincial governments may have some responsibility to contribute to cash compensation. Until recently, the status of land claims discussions in British Columbia has been virtually deadlocked as a result of the provincial government's refusal to recognize in any way the legitimacy of aboriginal title claims or any provincial responsibility to contribute to their settlement. Recent statements by the B.C. government suggest a change in this position and a tri-partite agreement on the negotiation process in B.C. may be imminent.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Five hundred and seventy-eight specific claims have been submitted to the federal government and of these, 205 have been "resolved" (this includes rejections). Since 1984, 23 specific claims were resolved by the reaching of a settlement agreement. In addition, there are six comprehensive claims (under negotiation or awaiting ratification of agreements) and a further 19 comprehensive claims accepted by the government and awaiting negotiation. The current rate at which settlements are being reached indicates that it will take well into the next century to process the backlog of claims in both categories. The Honourable Thomas Siddon, Minister of Indian Affairs and Northern Development, recently stated a desire to settle outstanding specific claims by the end of the century if Cabinet approved an accelerated process of settlement (by making more funds available for settlement).

Federal land claims policy attempts to address some but not all of the aboriginal title claims currently being asserted. For example, the federal government generally refuses to acknowledge the validity of aboriginal title claims in most of the Maritime provinces, claiming that aboriginal title has been "superseded by law." The government argues that the actions of successive governments before and after Confederation in opening up lands for settlement, granting lands by letters patent, granting rights to third parties and setting aside Indian reserve lands, had the effect of overriding and implicitly extinguishing aboriginal title in all lands other than Indian reserves. This position is one of the most highly disputed aspects of federal claims policy. The recent B.C. decision in *Delgamuukw* v. *The Queen* supports the federal position. A requirement for claimant groups to demonstrate "current use" of territory is also regarded by indigenous rights advocates as unjust.

Comprehensive claims policy is also criticized for an undue emphasis on extinguishing aboriginal rights, for the federal government's dual role as a party and adjudicator of claims, and for the use of restrictive legal opinions in assessing claims. A revision of the comprehensive claims policy in 1986, following a federal task force report on the question, has failed to answer many of the major criticisms. Some of the policy changes, however, such as the decision to allow resource

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

revenue sharing as a potential element of claims settlement, have been welcomed by the aboriginal community.

A continuing area of controversy is the unclear distinction between specific and comprehensive claims. This is a major element of the well-publicized and ongoing dispute between the federal government and the Lubicon Lake Band. The Lubicon people were overlooked in the 1899 negotiations of Treaty No. 8, and a 1949 federal promise to supply a reserve has been embroiled in various delays and controversies.

A fundamental area of dispute is the federal position that the title of the Lubicon was extinguished by Treaty No. 8 because the territory to which the treaty was intended to apply includes Lubicon land. In this view, the Lubicon claim is essentially a treaty claim and the federal obligation is limited to compensation to be determined by the terms of the 1899 treaty. The Lubicon, on the other hand, consider themselves to have an unextinguished aboriginal title to their traditional lands and, therefore, a comprehensive claim, open to settlement on the more expansive terms typical of modern claims agreements.

Those concerned with aboriginal affairs have serious doubts about the ability of the current federal policy to resolve effectively the issue of outstanding land claims, particularly in regions south of the 60th parallel. A special committee of the Canadian Bar Association expressed such doubts in a 1988 report entitled *Aboriginal Rights in Canada: An Agenda for Action*. Several observers have called for legislation and independent bodies to monitor and facilitate the process of claims settlement; the current arrangement is to have the entire process managed internally by the federal government through the Department of Indian Affairs and the Department of Justice. The Indian Claims Commission of Ontario recently proposed "an assisted negotiations" model for an independant body to monitor and facilitate the negotiating process.

The House of Commons Standing Committee on Aboriginal Affairs is planning to continue a review of the process of claims negotiations in 1991. Proposals from the federal government to speed the claims resolution process are anticipated, as a result of statements by the Prime Minister and the Minister of Indian Affairs.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

C. Legislative Jurisdiction

1. Provincial Laws

Provincial laws of general application not dealing with Indian land matters apply to Indians on and off reserve unless they conflict with:

1) federal legislation, including a valid band bylaw under the *Indian Act;* or

2) a treaty right;

3) an aboriginal right (as defined by litigation regarding s. 35 of the *Constitution Act, 1982).*

Provincial laws "of general application" have been described by the Supreme Court as laws that extend uniformly throughout the jurisdiction and are not intended to single out Indians for special treatment or to affect the status or rights of Indians *(Dick* v. *R.* [1985] 2 S.C.R. 309 (B.C.). Such laws apply simply by virtue of provincial legislative competence under s. 92. As Woodward stated in his text *Native Law,* a provincial game law would not be applicable on reserve if it was seen by the courts to be a law relating to the use of land and so invading exclusive federal jurisdiction over "Lands reserved for the Indians" under s.91(24) of the *Constitution Act, 1982.*

Before the enactment of s. 35, the SCC held that where provincial laws of "general application" were enacted for a valid purpose such as conservation or safety, and also happened to have an incidental and negative effect on Indian hunting rights, they might apply to Indians - if the laws were not in conflict with a recognized treaty right or valid federal legislation. Thus before the enactment of s. 35, there was only protection against provincial laws incidentally limiting Indian hunting rights where there was a conflict with a treaty right or where valid federal legislation could be established. Section 35 may now provide a further shield against provincial laws of this type where the existence of an aboriginal right can be established. Valid restrictions of treaty rights in existence before 1982, however, remain in effect. In the recent case of *Horseman* v. *The Queen,* the Supreme Court of Canada interpreted the

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

hunting rights provisions of the Natural Resource Transfer Agreements as entailing valid pre-1982 restrictions of certain treaty rights.

2. Federal Laws

Federal legislative power in relation to "Indians and Lands reserved for the Indians" was considered so absolute, prior to the enactment of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, that it superseded treaty and aboriginal rights not already explicitly protected by federal law. In this context federal law includes valid band council by-laws. Band council bylaws enacted under the *Indian Act* have been held to supersede regulations under the *Fisheries Act* with respect to on-reserve fisheries. (*R.* v. *Jimmy*, [1987] 5 W.W.R. 755 (B.C.C.A.); *R.* v. *Ward*, [1989] 2 C.N.L.R. 142 (N.B.C.A.)).

Federal law is now further limited in its application to Indians on and off reserve as well as to Inuit and Metis by virtue of the constitutional entrenchment of existing aboriginal and treaty rights pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

D. The *Constitution Act, 1982*, s. 35(1)

Apart from the political sphere and possible rights developments at the international level, the status of aboriginal rights in Canada will be determined by litigation regarding the effect of s. 35(1) on the legislative powers of the federal and provincial governments. Following the 1987 FMC, aboriginal rights litigation significantly increased. Unless constitutional talks are revived, however, litigation will continue to be the only process available for determining the practical implications of s. 35 and its relationship to other parts of the Constitution. In the negative sense, aboriginal rights litigation is concerned with determining the extent to which provincial and federal legislative powers may not apply to aboriginal people because of specific legal rights flowing from unextinguished aboriginal title, treaties, the Constitution, international law and other sources. In the positive sense, aboriginal rights litigation involves determining the scope and content of collective property rights and of any residual sovereignty of aboriginal people that may take prece-

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

dence over federal and provincial legislative powers. Of special interest is what restrictions have been imposed by section 35 on federal jurisdiction over "Indians and lands reserved for the Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

Section 35(1) states: "The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed." The primary focus of s. 35 litigation has been whether existing aboriginal and treaty rights continue to be subject to either past or future regulation.

The proposition that the words "affirmed and recognized" involve a simple acknowledgment of aboriginal and treaty rights with no substantive legal effect or constitutional entrenchment was clearly rejected by the Supreme Court of Canada decision in *Sparrow* v. *The Queen* (May 1990).

The decision of the Supreme Court of Canada in *Sparrow* demonstrates that s.35 can limit the application of federal as well as well as provincial law with respect to all aboriginal peoples. The decision sets out the criteria to be met in determining whether a federal statute infringes on an existing aboriginal or treaty right contrary to the meaning and intent of s. 35.

In general terms, the Court in *Sparrow* held that, while s. 35 does not provide immunity from government regulation, it does require that statutory infringements on the rights it protects be justified in terms of a valid legislative objective and in a way that upholds the honour of the Crown and is consistent with "the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples." The analysis applied by the Court to determine the existence of an unjustified infringement may be summarized as follows:

1) The person claiming an infringement has the burden of proof as to whether the regulation or statute in question constitutes a *prima facie* infringement of s. 35. In determining whether an existing aboriginal right has been interfered with, it is asked whether the purpose or effect of the legislation unnecessarily infringes the interests protected by that right. Relevant questions might be: Is

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the limitation reasonable? Does the regulation cause undue hardship? Does the regulation deny the holders of the right their preferred means of exercising it?

2) If a *prima facie* infringement is established, then a two-step test of justification must be met by the government or party seeking to uphold the legislation. First, is there a valid legislative objective (such as a genuine intent to ensure conservation or safety)? If there is, the honour of the Crown and the special trust relationship and responsibility of the government vis-à-vis aboriginal people must be considered. Within the analysis of justification, the Court stated that, depending on the circumstances of the inquiry, there are further questions to be addressed; for example, whether there has been as little infringement as possible in effecting the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and whether the aboriginal group has been consulted with respect to the regulatory measures implemented.

This analysis would apply to aboriginal and treaty rights issues on or off reserve.

Essentially, the Court's approach to s. 35 is that past and future regulation affecting aboriginal and treaty rights must be examined on a case-by-case basis; it will be upheld if enacted for a "valid legislative concern" such as conservation or safety and if it is consistent with the federal government's fiduciary obligations to aboriginal people. This view maintains that aboriginal rights are not absolute or immutable and, like other rights in the Canadian legal system, must be subject to a balancing of interests and values with respect to competing interests. Finally, the decision in *Sparrow* is significant for its elaboration of the federal government's general fiduciary obligation to aboriginal people.

E. *The Constitution Act, 1982, s. 35(3)*

Also important is s. 35(3), which provides that "treaty rights" in s. 35(1) include rights in existing and future land claims

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

agreements. This is regarded as providing substantive constitutional protection to these agreements. As a result, the federal government takes the position that self-government matters are to be negotiated separately from the claims settlement process in order to avoid constitutional entrenchment of a right to self-government "through the back door." This policy was reviewed by Cabinet and reaffirmed in February 1990. Claims agreements negotiated with the Cree and Naskapi in 1975 and 1978, however, provided for a subsequent negotiation of self-government legislation for the groups concerned. A provincial court decision in Quebec, *Eastmain Band* v. *Gilpin*, held that the federal legislation enacted pursuant to these agreements, the *Cree-Naskapi (of Quebec) Act*, has been constitutionally entrenched and cannot be altered without a constitutional amendment. It is also not clear whether it is possible to exclude self-government arrangements from the protection offered by s. 35(1) and (3) when negotiations on self-government are clearly connected to the claims settlement process.

Section 35(2) defines the term "aboriginal peoples" as including "Indian, Inuit and Metis." This has added to confusion over the meaning of "Indian" for constitutional purposes in general and in particular for s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which grants jurisdiction to the federal government over "Indians and lands reserved for the Indians." In 1933, the Supreme Court of Canada held that the word "Indians" in that provision encompasses the people then known as "Eskimos," now referred to as "Inuit." Thus, it is not clear whether the word "Indians" in s. 91(24) includes Metis and non-status Indian people. The federal government has denied any responsibility for the Metis since 1921 (when a federal policy of making land and money grants to western Metis towards the extinguishment of their aboriginal title was regarded as completed).

F. *Constitution Act, 1982*, s. 25

Section 25 of the *Constitution Act, 1982* in essence states that the provisions of the Charter of Rights and Freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from "any aboriginal, treaty or

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

other rights and freedoms that pertain to the aboriginal people of Canada." Kenneth Lysyk has said that the salient feature of s. 25 is that it does not purport to create new rights but rather to ensure that the rights and freedoms of aboriginal people existing independently of the Charter are not diminished by it. Section 25 is most commonly referred to as a shield, protecting aboriginal rights from being adversely affected by Charter rights; that is, as a simple non-derogation clause, having no substantive legal effect on aboriginal rights on its own.

G. *Constitution Act, 1982*, ss. 37 and 37.1

Sections 37 and 37.1 of the *Constitution Act, 1982* required the holding of a series of constitutional conferences on matters directly affecting the aboriginal peoples of Canada and invitations for participation in these conferences by representatives of the aboriginal peoples. Only the conference held in 1983 resulted in further amendment to the provisions enacted in 1982. One of these amendments (s. 37.1) extended the required number of conferences from one to "at least two additional conferences." In addition, two subsections were added to s. 35: Subsection 35(3) provides that "treaty rights" in subsection (1) include existing and future land claims agreements; and subsection 35(4) provides that "Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons." Section 35.1, which was also added in 1983, provides that before any amendment is made to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* or to sections 25, 35 or 35.1 of the *Constitution Act, 1982*, a constitutional conference with aboriginal participation must be convened.

As mentioned above, the conferences failed to produce agreement on how to entrench an aboriginal right to self-government and no further conferences have been scheduled. Notably, s. 37.1 does not exclude the convening of further conferences on the subject matter of aboriginal rights. This lies within the discretion of the Prime Minister, except as specified under s. 35.1.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

H. Cross-Cultural Perspectives on Aboriginal Rights

Much of the discussion concerning aboriginal land claims and the constitutional position of aboriginal peoples is taking place within the context of the developing common law doctrine of "aboriginal rights." There are some in the aboriginal community, however, who question whether it is appropriate for aboriginal people to attempt to advance their collective political and legal interests through a theoretical construct controlled by the dominant non-aboriginal community. In a 1989 article in *Canadian Woman Studies,* Mary Ellen Turpel, an aboriginal lawyer and professor, has questioned the extent to which an aboriginal rights doctrine arising out of a liberal democratic tradition can be compatible with aboriginal values concerning community responsibility, spirituality, land, family and social life. She has raised the question whether the current legal framework for discussing aboriginal rights just serves "to limit the possibilities for genuine acknowledgment of the existence of Aboriginal Peoples as distinct cultures and political communities possessing the ability to live without external regulation and control."

As is clearly evident from recent blockades and protest actions across the country, there has been a serious decline in the aboriginal people's faith in the ability of the land claims process to address their concerns adequately. Indigenous people feel they are constantly forced to resort to expensive litigation because of narrow views of aboriginal and treaty rights held by federal and provincial governments. From the aboriginal perspective, recent successes in the Supreme Court are not resulting in the policy changes the aboriginal people feel are required to conform to the spirit of these decisions.

This frustration, combined with a sense of being shut out of the constitutional reform process and of being purposely stalled on land claims issues, led, in 1987, to the adoption of a strategy of non-violent "direct action" by the Assembly of First Nations (AFN). The strategy is intended to create pressures to bring the Canadian government to the negotiating table on certain fundamental issues. In the book *Drumbeat*, the National Chief of the AFN, Georges Erasmus, offered the following

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

explanation for the escalating confrontations between First Nations and government authorities across the country:

> In these confrontations our people have discovered that non-violent actions of civil disobedience not only generate enthusiasm and solidarity among our own people, not only bring more attention to our grievances and attract considerable public support outside our own communities, but also have the desired effect of forcing governments, under pressure of public opinion, to take us more seriously and even to resume negotiations.

The AFN and other aboriginal organizations have stated that they do not advocate violence as means of achieving their goals. They sympathized, however, with the frustrations of the armed Mohawks at Kanesatake and Kahnawake on the issues of land claims and self-government.

In the wake of events in the summer of 1990, several aboriginal organizations have predicted a renewal of civil disobedience across the country if there is no substantive reform in the area of native land rights before the summer of 1991. The Prime Minister announced in September 1990 that reforms are planned in the areas of 1) speeding up the land claims process; 2) addressing the economic and social conditions on reserves; 3) improving the fundamental relationship between Indian peoples and governments and 4) changes to the *Indian Act*.

PARLIAMENTARY ACTION

The first modern claims settlement was ratified by federal legislation, the *James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act*, S.C. 1976-77, c. 32. The Northeastern Quebec Agreement settling the aboriginal land claims of the Naskapi of Quebec is an addendum to the James Bay Agreement and was ratified by Order-in-Council in 1978. The second and last major claims settlement, the Inuvialuit Final Agreement, was ratified by the *Western Arctic (Inuvialuit) Claims Settlement Act*, S.C. 1984, c. 24.

The most important legislative action in recent years was the enactment of constitutional provisions respecting aboriginal and treaty

rights in the *Constitution Act, 1982*, Schedule B of the *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11 (sections 25, 35 and 37). These provisions were added to by the *Constitution Amendment Proclamation, 1983*.

Bill S-18, an Act to further the aspirations of the aboriginal people of Canada, was introduced in the Senate on 19 June 1990 by Senator Charlie Watt. The bill is intended to address the implications of the special constitutional status of aboriginal people and their relationship with the federal government; it would impose obligations on the Government of Canada to enter into negotiations and take other action on a number of fundamental matters such as self-government, land claims and economic development.

CHRONOLOGY

1725 - First of a series of pre-Confederation peace treaties was entered into between indigenous people in the Maritimes and the British colonial government.

1763 - The Royal Proclamation of 1763 codified a developing colonial practice of obtaining land cessions from indigenous people in advance of settlement.

1867 - *Constitution Act, 1867*, s. 91(24) was enacted, empowering the federal government to pass legislation respecting "Indians and lands reserved for the Indians."

1871-1921 - A series of major numbered treaties was negotiated covering the prairie provinces, and parts of B.C., Ontario and the two territories.

1870s-1921 - A series of "Halfbreed Commissions" travelled with the treaty commissions to deal with Metis claims to aboriginal title through land and money scrip grants.

1876 - First consolidated *Indian Act* was passed, imposing a uniform system of band government subject to federal control.

1889 - In *St. Catharines Milling and Lumber Co.* v. *The Queen*, the British Privy Council decided that aboriginal title as a "personal and usufructuary right" was alienable only to the Crown, a position rejected by the Supreme Court of Canada in the 1980s.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

1969 - The federal government issued a White Paper recommending the abolition of all legal distinctions between indigenous people and other Canadians. The policy was completely rejected by indigenous groups, who asserted the validity of their unique constitutional position. This led to the withdrawal of the White Paper.

- The federal government announced its intention to meet its lawful obligations to indigenous people.

1960 and 1970s- Substantial indigenous activism on land claims and other issues led to various changes in federal aboriginal affairs policy and land claims research projects across the country.

1973 - The Supreme Court of Canada decision in *Calder* v. *A.G. B.C.* caused the federal government to reverse its position that aboriginal title was not a concept existing in Canadian common law.

1973 - The federal government announced comprehensive and specific claims policies to deal with claims based upon unextinguished aboriginal title, unfulfilled treaty rights and other legal obligations.

1974 - The James Bay and Northern Quebec Agreement was reached to settle the claims of Cree and Inuit in northern Quebec. Negotiations started before comprehensive claims policy announced.

1980s- Aboriginal rights litigation increased substantially. Decisions of the Supreme Court of Canada emphasized that aboriginal title interests were unique legal interests capable of giving rise to federal liability.

1982 *Constitution Act, 1982* was enacted; three provisions related to aboriginal and treaty rights (ss. 25, 35 and 37).

1983 - Constitution Amendment Proclamation extended the schedule for First Ministers' Conferences on aboriginal rights in the Constitution and amended the 1982 provisions.

1984 - Inuvialuit Final Agreement for the settlement of claims of the Inuit in the Western Arctic - the first and only final claims agreement reached through the comprehensive claims process itself.

1985 - A federal task force to review comprehensive claims policy issued its report "Living Treaties: Lasting Agreements."

1986 - The federal government announced changes to its comprehensive claims policy.

1987 - The Standing Committee on Indian Affairs and Northern Development held hearings on the comprehensive claims policy but did not report.

1988 - A Special Committee of the Canadian Bar Association reviewed aboriginal rights issues and policies and made 30 recommendations in its report *Aboriginal Rights: An Agenda for Action.*

1990 - Final Agreements were reached with the Dene/Metis of the Northwest Territories and the Council of Yukon Indians, regarding their comprehensive claims. The Dene/Metis Agreement was not ratified by the communities, however. An Agreement-in-Principle was reached with the Tungavik Federation of Nunavut (Eastern Arctic).

1991 - *Sioui, Sparrow,* and *Horseman* were the first Supreme Court cases on s. 35 of the *Constitution Act,* 1982.

1991 - The British Columbia Supreme Court handed down a negative decision in the *Delgamuukw* case on the aboriginal title of the Gitskan and Wet'suwet'en in B.C.

SELECTED REFERENCES

Aki-Kwe/Mary Ellen Turpel. "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter of Rights and Freedoms." *Canadian Woman Studies,* 10:149, Summer/Fall 1989.)

Canadian Bar Association. *Aboriginal Rights in Canada: An Agenda for Action.* Ottawa, 1988.

Cumming, Peter and Neil Mickenberg, eds. *Native Rights in Canada.* 2nd ed. Indian-Eskimo Association and General Publishing Co., Toronto, 1972.

Department of Indian Affairs and Northern Development. *Outstanding Business: A Native Claims Policy.* Supply and Services, Ottawa, 1982.

Department of Indian Affairs and Northern Development. *Living Treaties: Lasting Agreements (Report of the Task Force to Review Comprehensive Claims Policy).* Ottawa, 1985.

Department of Indian Affairs and Northern Development. *Comprehensive Land Claims Policy.* Supply and Services, Ottawa, 1987.

McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada." (1982), 4 *Supreme Court Law Review,* 254-265.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Morse, Brad, ed. *Aboriginal People and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*. Carleton University Press Inc., Ottawa, 1985.

Sanders, Douglas. "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada (Sections 25 and 35." *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Ed. G.A. Beaudoin and E. Ratushny, Carswell, Toronto, 1989, 707-738.

Weaver, Sally. *Making Canadian Indian Policy the Hidden Agenda, 1968-70*. University of Toronto Press, Toronto, 1981.

Woodward, Jack. *Native Law*. Carswell, Toronto, 1989.

CASES

Calder v. *Attorney-General of British Columbia* [1973] S.C.R. 313.

Canadian Pacific Ltd. v. *Paul* [1989] 1 C.N.L.R. 47, [1988] 2 S.C.R. 654.

Guerin v. *The Queen* [1984] 2 S.C.R. 335.

Hamlet of Baker Lake v. *Min. of Indian Affairs* (1978), 87 D.L.R. (3d) 342.

Nowegijick v. *The Queen* [1983] 1 S.C.R. 29.

R. v. *Agawa* [1988] 3 C.N.L.R. 73 Ont. C.A.

R. v. *Arcand* [1989] 2 C.N.L.R. 110, Alberta Court of Queen's Bench.

R. v. *Flett* [1989] Manitoba Judgment No. 416, 1 September 1989.

R. v. *Horseman* [1990] 3 C.N.L.R. 95 (S.C.C.)

Simon v. *The Queen* [1985] 2 S.C.R. 387.

Sioui v. *The Queen* [1990] 3 C.N.L.R. 127 (S.C.C.)

Sparrow v. *R.* [1990] 3 C.N.L.R. 160 (S.C.C.).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

STATUS OF NATIVE LAND CLAIMS

(based on information received from the
Department of Indian Affairs and Northern Development)

COMPREHENSIVE CLAIMS (AS OF JULY 1990)

Settled Claims	3
- Cree and Inuit (Quebec)	
- Naskapi (Quebec)	
- Inuvialuit (NWT)	
Claims in Negotiation	6
- Nisga's Tribal Council	
- Labrador Inuit Association	
- Conseil Attikamek Montagnais	
Dene Nation/Metis Assoc. of NWT	
- Tungavik Federation of Nunavut	
- Council for Yukon Indians	
Accepted Claims	19
Rejected Claims	4
Claims Under Review	6
Action Suspended at Request of Claimants	1
Anticipated Claims	10

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

SPECIFIC CLAIMS (AS OF 30 MARCH 1990)

Claims Resolved:

- Settlements Achieved	44	
- Rejected	44	
- Administrative Referral	69	
- Closed File	48	
Total Claims Resolved:		205

Claims in Process:

- Settlement Process	6	
- Approved Negotiating Mandate	15	
- Development of Mandate	51	
- Under Justice Review	73	
- Under Specific Claims Review	130	
Total Claims in Process:		275

Claims in Other Status

- Suspended	21	
- Under Litigation	22	
- Claimant reassessment	55	
Total Claims in Other Status		98

Total Band Claims Submitted to Date: 578

Bulletin d'actualité **89-11F**

LES DROITS DES AUTOCHTONES

Wendy Moss
Division du droit et du gouvernement

Le 8 novembre 1989
Révisé le 27 mars 1991

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1991

N° de cat.

ISBN

YM32-1/89-11-1991-03F
0-660-93400-0

N.B. Dans ce document, tout changement d'importance fait depuis la dernière publication est indiqué en **caractère gras.**

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LES DROITS DES AUTOCHTONES

DÉFINITION DU SUJET

Les droits ancestraux peuvent être définis, en partie, comme les droits que possédaient déjà les peuples autochtones du continent avant d'établir des contacts avec les nations européennes, et qui, dans une mesure indéterminée, ont survécu à l'établissement et aux revendications de souveraineté des Euro-Canadiens.

L'expression "droits des autochtones" englobe un vaste éventail de questions qui intéressent particulièrement les peuples autochtones, depuis les titres ancestraux, les droits découlant des traités et l'autonomie politique jusqu'aux droits culturels et religieux. Dans le contexte du fédéralisme canadien, cette expression désigne la relation entre les autochtones, comme groupes et comme particuliers, et le gouvernement fédéral et les provinces. Les droits des autochtones découlent d'un simple fait historique que le juge Judson de la Cour suprême du Canada, a rappelé dans l'affaire *Calder*, à savoir que "lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles". Traditionnellement, les lois relatives aux droits des autochtones se sont distinguées davantage par leurs zones grises que par les certitudes juridiques qui s'en dégagent. Le concept d'une doctrine des droits autochtones définie dans la loi a acquis une nouvelle importance depuis l'adoption du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui se lit comme suit: "Les droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés".

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Plusieurs Conférences des premiers ministres auxquelles des autochtones ont participé ont eu lieu jusqu'en 1987, mais n'ont pas permis de produire des modifications à l'article 35. La conclusion d'une entente a principalement achoppé sur la question de savoir si le droit des autochtones à l'autonomie politique devait être reconnu dans la Constitution comme un droit juridique inhérent ou comme une forme de délégation de pouvoirs fédéraux ou provinciaux qui ferait l'objet d'ententes devant être négociées plus tard.

Depuis la dernière Conférence des premiers ministres sur ces questions en 1987, l'activité a principalement porté sur les points suivants:

1) discussion des questions touchant les droits autochtones au niveau international;

   (En juin 1989, l'Organisation internationale du travail a révisé le seul texte international existant concernant les droits des aborigènes. La Convention 169, Convention concernant les populations aborigènes et tribales, attend d'être ratifiée pour entrer en vigueur. En outre, le Groupe de travail des populations autochtones des Nations Unies a rédigé une déclaration des droits des aborigènes qui pourrait être soumise à l'examen de l'Assemblée générale des Nations Unies si d'autres organismes des Nations Unies en font la recommandation.)

2) aggravation du litige concernant l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit les questions touchant les titres ancestraux et l'obligation fiduciaire du gouvernement fédéral à l'égard des peuples autochtones;

3) accroissement du nombre de cas de désobéissance civile et des mesures de protestation des autochtones, principalement au sujet des revendications territoriales.

CONTEXTE ET ANALYSE

A. Contexte

Selon M. Sanders, professeur à la faculté de droit à l'Université de Colombie-Britannique, les autorités coloniales britanniques ne sont pas arrivées dans le "nouveau monde" avec un ensemble de principes juridiques définis en ce qui concerne les droits des autochtones. À cet égard, la théorie coloniale a évolué au gré des besoins, à mesure que la

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

colonisation européenne s'étendait vers l'Ouest. Par conséquent, le traitement des droits territoriaux et des autres droits des peuples autochtones du Canada n'est pas uniforme. Ce manque d'uniformité est évident lorsque l'on considère que de grandes régions du Canada ne font l'objet d'aucun traité (la majeure partie du Québec, la Colombie-Britannique et les deux territoires) et qu'il existe toute une variété de traités, depuis les traités de paix et d'amitié (dans les Maritimes, par exemple) jusqu'aux traités portant sur diverses questions comme la cession de terres, les droits de chasse et les services gouvernementaux (les traités numérotés de l'Ouest).

La pratique qui consiste à obtenir la cession de droits territoriaux et à établir des terres de réserve avant l'installation de colons non autochtones n'a commencé à avoir cours qu'après la Proclamation royale de 1763, laquelle interdisait la vente de terres indiennes à des intérêts privés et précisait la procédure d'acquisition de ces terres par le gouvernement.

Quoi qu'il en soit, les peuples autochtones ont toujours eu un statut unique dans la Constitution canadienne. Ils sont le seul groupe visé par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui donne au gouvernement fédéral l'autorité exclusive sur "les Indiens et les terres réservées aux Indiens". On trouve plusieurs autres expressions constitutionnelles de ce statut spécial dans les lois, documents et conventions qui forment la Constitution du Canada (notamment les mesures de protection touchant la chasse, la pêche et le piégeage prévues par les Accords de transfert des ressources naturelles pour chacune des provinces des Prairies). Cette place distincte a été rehaussée et précisée par l'adoption des dispositions spéciales relatives aux droits des autochtones dans la *Loi constitutionnelle de 1982:* les articles et paragraphes 25, 35, 35.1, 37 et 37.1, l'article 35 qui reconnaît et confirme les droits des autochtones étant le plus important.

Jusqu'à récemment, les litiges en matière de droits des autochtones visaient d'abord et avant tout à déterminer quelle étendue du territoire canadien est assujettie à des droits ancestraux. La jurisprudence a clairement établi le fait que les titres ancestraux ne

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

peuvent être cédés qu'au gouvernement fédéral et, qu'après la cession, les intérêts des autochtones (à l'extérieur des territoires) doivent être immédiatement transférés au gouvernement provincial, de façon à ce que les droits de la Couronne sur ces terres soient libres de tout lien. Dans les années 70, la jurisprudence a donné quelques indications quant à la nécessité d'établir l'existence de titres ancestraux *(Hamlet of Baker Lake* c. *Le ministre des Affaires indiennes)*. Cependant, la jurisprudence ne nous renseigne pas beaucoup sur la portée et le contenu des titres ancestraux. Les quelques causes qui se sont rendues jusqu'à la Cour suprême du Canada ne nous ont pas appris grand-chose de plus outre le fait que les titres ancestraux existent dans la *common law*, indépendamment de l'application de la Proclamation royale de 1763, et que dans certaines circonstances, les titres ancestraux peuvent imposer une obligation fiduciaire au gouvernement fédéral.

Dans la décision qu'ils ont rendue en 1985 dans l'affaire *Guerin* c. *La Reine* (C.S.C.), le juge Dickson et trois autres membres de la Cour ont déclaré que les titres ancestraux constituaient un intérêt unique qu'on ne peut décrire correctement comme un droit bénéficiaire ou un droit personnel de la nature d'un usufruit. Selon le juge Dickson:

> Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que la Couronne est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit. Toute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur.

En 1989, dans la cause du *Canadien Pacifique*, la Cour suprême a déclaré:

> La conclusion inéluctable qui se dégage jusqu'à maintenant de l'analyse que la Cour a faite du titre indien est que les Indiens ont un véritable droit *sui generis* sur leurs terres. Il s'agit de quelque chose de plus qu'un droit de jouissance et d'occupation bien que, comme l'a souligné le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, il soit difficile de décrire ce quoi en quoi consiste ce quelque chose de plus au moyen de la terminologie traditionnelle du droit des biens.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Avant la fin des années 60, les questions relatives aux titres ancestraux étaient en général soulevées lors de causes opposant les deux niveaux de gouvernement ou des particuliers en conflit à cause d'intérêts fonciers incompatibles accordés par les deux ordres de gouvernement. Plusieurs cas importants dans ce domaine ont été entendus sans qu'aucun autochtone ne soit partie au litige. Il y a également eu une longue période pendant laquelle la *Loi sur les Indiens* interdisait la collecte de fonds à des fins de contestations en matière de droits autochtones. La portée étroite des causes relatives aux revendications territoriales du début des années 70 est, selon certains, attribuable à l'influence d'avocats non autochtones.

Les affaires relatives aux titres ancestraux abordent maintenant en général bien d'autres questions que les droits fonciers, savoir, par exemple: dans quelle mesure l'ordre politique et juridique autochtone a été préservé en même temps que les titres ancestraux; et s'il existe un droit inhérent à l'autonomie politique et, dans l'affirmative si celui-ci est garanti par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La cause Gitskan Wet'su'weten qui a été entendue au début de 1990 par la Cour suprême de la Colombie-Britannique *(Delgamuukw* c. *La Reine)* est peut-être la cause relative aux titres ancestraux la plus importante à avoir été portée devant les tribunaux canadiens. Le juge en chef McEachern a rendu une décision dans cette cause le 8 mars 1991. Il a estimé que l'expression "titre indien" est interchangeable avec celle de "droits ancestraux" et que ceux-ci se limitent à "des droits d'utilisateur à des fins de résidence et de subsistance". Dans ce jugement, les droits ancestraux ont aussi été définis comme des "droits découlant de l'occupation ou de l'utilisation ancienne de la terre pour chasser, pêcher, capturer des animaux sauvages, prendre du bois, des fruits et d'autres aliments et matériaux servant à la subsistance et, en général, pour utiliser la terre de la manière dont, affirment-t-ils [les Indiens], leurs ancêtres l'utilisaient".

La Cour a rejeté la revendication des Gitskan et des Wet'Suwett'en selon laquelle l'exercice de la souveraineté et d'une compétence sur les terres traditionnelles est inhérente au droit autochtone. Elle a également déclaré qu'avant 1982, les droits autochtones

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

n'étaient accordés que selon le bon plaisir de la Couronne qui pouvait, à son gré, les éteindre clairement et simplement. Dans le cas présent, les droits ancestraux (titre) des populations Gitsakan et Wet'Suwet'en ont été jugés éteints par suite de promulgations antérieures à la Confédération, qui visaient à donner des titres clairs aux colons.

Nombreux sont ceux qui ont critiqué cette décision controversée, jugeant qu'elle va à l'encontre des décisions rendues récemment par la Cour suprême du Canada, comme dans les affaires *Sioui* et *Sparrow;* on a même avancé que les mots utilisés dans ce jugement et l'analyse sur laquelle il repose dénotent un parti pris raciste. La décision sera sans doute portée en appel et l'Assemblée des Premières Nations a demandé que la cause soit soumise directement à la Cour suprême du Canada.

La Cour suprême du Canada n'a pas défini la nature des droits "indiens" découlant de traités de façon plus précise que le concept des droits des autochtones. La Cour a statué qu'un traité indien constitue un accord *sui generis* (unique) qui n'est ni créé ni déterminé selon les règles du droit international *(Simon).* Dans l'affaire *Sioui,* la Cour suprême a statué qu'en 1760, "les relations avec les tribus indiennes se sont retrouvées quelque part entre le genre de relations qu'entretenaient les États souverains et les relations que ces États avaient avec leurs propres citoyens". Elle a formulé plusieurs principes directeurs pour l'interprétation des droits "indiens" découlant de traités. Les traités doivent être interprétés de façon juste, libérale et généreuse et toute ambiguïté doit être résolue en faveur de la partie autochtone. Il faut donner aux traités le même sens que lui aurait naturellement donné la partie autochtone; l'interprétation du traité par les parties, à en juger par leur conduite ou autrement, aide à en déterminer le contenu (affaires *Simon* et *Nowegijick).*

Les mêmes principes doivent être appliqués à la question fondamentale de savoir si un accord conclu avec les Indiens constitue un "traité" *(Simon* (1985) et *Sioui* (1990)). En pareil cas, la Cour doit se demander s'il était raisonnable pour les Indiens de présumer que la personne avec qui ils transigeaient avait l'autorité voulue pour conclure un traité valide, compte tenu des circonstances et de la situation de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

l'autre partie. Le contexte historique des négociations doit être pris en considération quand il s'agit de déterminer l'existence d'un traité, son interprétation et son application territoriale, dans les cas où la réponse n'est pas évidente *(Sioui)*. La Cour suprême du Canada a indiqué que cette approche libérale concernant l'interprétation des traités est liée à la position de négociation désavantageuse des Indiens à l'époque où les traités historiques ont été négociés *(Sioui)*.

L'affaire *Sioui* est également importante en cela que le tribunal a statué qu'un accord peut être un traité indépendamment du fait que la partie indienne ait pu ou non revendiquer l'occupation ou la possession historique d'un territoire, et même lorsque l'accord visé concerne exclusivement des questions non territoriales, comme les droits politiques ou sociaux. La Cour a rejeté l'argument selon lequel la "non-utilisation" d'un traité après une longue période pouvait entraîner son extinction.

Mises à part les causes relatives aux titres ancestraux, la plupart des affaires actuellement devant les tribunaux concernant l'interprétation et les répercussions de l'article 35 visent à déterminer dans quelle mesure les traités et les droits de chasse et de pêche des autochtones peuvent être réglementés et restreints par des lois fédérales et provinciales.

B. Politique du gouvernement fédéral à l'égard des revendications territoriales

Avant 1973, le gouvernement fédéral était d'avis que les titres ancestraux n'existaient pas dans la *common law* canadienne. La décision, rendue en 1973, par la Cour suprême dans l'affaire *Calder* et d'autres décisions d'instances inférieures ont obligé le gouvernement à modifier ses vues et à publier une politique officielle pour régir le processus de négociation hors cour des revendications territoriales fondées sur des titres ancestraux non éteints. De telles revendications ont été qualifiées de "revendications globales", car les ententes de règlement devaient traiter tout un éventail de questions allant des droits fonciers à la gestion de la faune.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La politique actuelle vise également les "revendications foncières particulières". Ces revendications concernent des obligations juridiques précises découlant de traités, d'autres ententes ou de la gestion et de l'administration des avoirs indiens par le gouvernement fédéral.

Le processus de règlement des revendications globales et particulières a été très lent. Ce processus et de nombreux aspects de la politique elle-même ont été sévèrement critiqués par des organismes représentant les peuples autochtones et d'autres organisations comme l'Association du barreau canadien.

Entre 1973 et 1989, seulement trois conventions définitives relatives aux revendications globales ont été signées: la Convention de la Baie James et du Nord québécois (1975), la Convention du Nord-Est québécois (1978) et la Convention définitive des Inuvialuit (1984). En 1990, des progrès importants ont été accomplis. Deux autres conventions définitives relatives au Nord ont été conclues, mais l'une d'elles, (la revendication des Dénés et des Métis des Territoires du Nord-Ouest), n'a pas été ratifiée par toutes les collectivités. Aussi, le gouvernement fédéral a-t-il mis fin aux négociations au niveau régional. La revendication de la Fédération Tungavik de Nunavut dans l'est de l'Arctique pourrait atteindre l'étape de la Convention définitive en 1991. L'attention se porte maintenant sur les 14 revendications globales encore en suspens en Colombie-Britannique. À l'échelle nationale, 25 revendications ont été retenues à des fins de négociation. **Le gouvernement fédéral ne limite plus le nombre de revendications globales qui peuvent faire, en même temps, l'objet de négociations, et il a engagé des discussions avec certains groupes des Premières Nations de la Colombie-Britannique afin d'accélérer le processus de négociation des revendications globales.**

Le succès de la politique relative aux revendications globales est grandement compromis au sud du 60e parallèle, car les terres de la Couronne visées par les revendications sont détenues du chef de la province. Des questions subsistent également quant à savoir dans quelle mesure les gouvernements provinciaux doivent contribuer à l'indemnisation en espèces. Jusqu'à récemment, les discussions sur les revendications

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

territoriales en Colombie-Britannique étaient pratiquement au point mort à cause du refus du gouvernement provincial de reconnaître de quelque façon que ce soit la légitimité des revendications des titres ancestraux ou une responsabilité provinciale quelconque dans l'atteinte d'un règlement. Des déclarations récentes du gouvernement de la Colombie-Britannique indiquent qu'un changement de position et la conclusion d'une entente tripartite sur le processus de négociation pourraient être imminents.

Quelque 578 revendications ont été soumises au gouvernement fédéral, et sur ce nombre, 205 ont été "réglées" (y compris les revendications qui ont été rejetées). Depuis 1984, 23 revendications ont été réglées par la conclusion d'un accord de règlement. En outre, on compte six revendications globales (en cours de négociation ou dont les accords attendent d'être ratifiés) et 19 autres revendications globales acceptées par le gouvernement et qui feront l'objet de négociations. Au rythme auquel ces revendications sont réglées, il faudra compter jusqu'au milieu du siècle prochain pour traiter l'arriéré de revendications des deux catégories. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord, l'honorable Thomas Siddon, déclarait récemment souhaiter que les revendications particulières en suspens soient réglées d'ici la fin du siècle, à condition que le Cabinet approuve un processus accéléré de réglement (en augmentant les fonds disponibles à cette fin).

La politique fédérale en matière de revendications territoriales vise à traiter seulement certaines revendications relatives aux titres ancestraux. Par exemple, le gouvernement fédéral refuse en général de reconnaître la validité des revendications relatives aux titres ancestraux dans la plupart des provinces Maritimes, sous prétexte que la loi prévaut sur les titres ancestraux. Le gouvernement prétend que les mesures prises par les gouvernements avant et après la Confédération en ce qui a trait à l'octroi de terres pour la colonisation, à l'octroi de terres au moyen de lettres patentes, à l'octroi de droits à des tiers et la mise de côté de terres pour des réserves indiennes ont eu pour effet d'annuler et d'éteindre implicitement les titres ancestraux à l'égard de toutes les terres autres que les réserves indiennes. Cette position est l'un des éléments les plus controversés de la politique fédérale en matière de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

revendications. En Colombie-Britannique, la décision rendue récemment dans l'affaire *Delgamuukw* c. *La Reine* appuie la position fédérale. Ceux qui défendent les droits ancestraux des autochtones estiment qu'il est injuste d'exiger des groupes revendicateurs qu'ils fassent la preuve de l'"utilisation actuelle".

La politique relative aux revendications globales a également fait l'objet de critiques à cause de l'importance indue qu'elle attache à l'extinction des droits des autochtones, du double rôle que joue le gouvernement fédéral comme juge et partie et des avis juridiques restrictifs utilisés pour l'évaluation des revendications. En 1986, une révision de la politique relative aux revendications globales, par suite du rapport d'un groupe de travail fédéral chargé d'étudier cette question, n'a pas tenu compte de plusieurs des principales critiques. Toutefois, certaines modifications à la politique, comme la décision de permettre le partage des recettes tirées des ressources comme élément de règlement des revendications, ont été bien accueillies par les autochtones.

L'absence de distinction claire entre les revendications particulières et les revendications globales demeure un sujet de controverse. C'est là un aspect important du litige qui oppose le gouvernement fédéral à la bande du lac Lubicon et qui fait couler beaucoup d'encre. Les Indiens du lac Lubicon ont été oubliés, en 1899, au moment des négociations du traité n° 8, et la promesse que le gouvernement fédéral leur avait faite en 1949 de leur procurer une réserve s'est perdue dans les retards et les controverses.

Un aspect fondamental du différend tient à la position qu'a adoptée le gouvernement fédéral: ce dernier soutient en effet que le traité n° 8 a entraîné l'extinction du titre de la bande du lac Lubicon, parce que le territoire auquel devait s'appliquer le traité englobe les terres des Indiens du lac Lubicon. Dans l'optique du gouvernement, la revendication de la bande du lac Lubicon est essentiellement une revendication aux termes d'un traité, et son obligation se limite donc à une indemnisation qui sera fixée conformément aux dispositions du traité de 1899. Les Indiens qui font partie de cette bande estiment, par contre, qu'un titre ancestral subsiste à l'égard de leurs terres et, qu'ils ont, de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ce fait, une revendication globale pouvant faire l'objet d'un règlement plus large, à l'instar des ententes modernes.

Ceux qui s'intéressent aux affaires autochtones doutent fort qu'avec sa politique actuelle, le gouvernement fédéral puisse résoudre efficacement le problème des revendications territoriales non réglées, notamment dans les régions situées au sud du 60e parallèle. Un comité spécial de l'Association du Barreau canadien a d'ailleurs exprimé des doutes en ce sens dans un rapport publié en 1988 et intitulé *Le droit des autochtones au Canada: Du défi à l'action*. Par ailleurs, plusieurs ont demandé qu'on adopte une loi et qu'on forme des organismes indépendants chargés de surveiller et de faciliter le processus de règlement des revendications; à l'heure actuelle, le gouvernement fédéral administre lui-même toute cette question, par l'entremise du ministère des Affaires indiennes et du ministère de la Justice. La Commission sur les Indiens de l'Ontario a récemment proposé un modèle de "négociations assistées", en vertu duquel un organisme indépendant surveillerait et faciliterait le processus de négociation.

Le Comité permanent des Affaires autochtones de la Chambre des communes prévoit continuer d'examiner en 1991 le processus de négociation relatif aux revendications. À la suite des déclarations du premier ministre et du ministre des Affaires indiennes, on s'attend à ce que le gouvernement fédéral fasse des propositions en vue d'accélérer le processus du règlement des revendications.

C. Compétence législative

1. Lois provinciales

Les lois provinciales d'application générale qui ne concernent pas les questions touchant les terres indiennes s'appliquent aux Indiens à l'intérieur et à l'extérieur des réserves, à moins qu'elles n'entrent en conflit avec:

1) la législation fédérale, incluant un règlement administratif de bande valide pris en vertu de la *Loi sur les Indiens;*

2) un droit issu d'un traité; ou

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

3) un droit ancestral (selon la définition qui figure dans le jugement sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982).*

La Cour suprême a défini les lois provinciales "d'application générale" comme des lois qui s'appliquent sur tout le territoire et qui ne visent pas à accorder un traitement particulier aux Indiens, ni à affecter le statut ou les droits des Indiens *(Dick* c. *R.* [1985] 2 R.C.S. 309 (C.-B.)). Ces lois s'appliquent simplement en vertu de la compétence législative provinciale conférée par l'article 92. Comme l'indique Woodward dans son ouvrage intitulé *Native Law,* une loi provinciale sur le gibier ne s'appliquerait pas sur une réserve si les tribunaux estimaient qu'il s'agit d'une loi concernant l'utilisation des terres car, de ce fait, cette loi empiéterait sur la compétence exclusive que le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1982* confère au gouvernement fédéral à l'égard des "Terres réservées aux Indiens".

Avant l'adoption de l'article 35, la Cour suprême du Canada avait statué que lorsque des lois provinciales "d'application générale" étaient adoptées dans un but légitime comme la conservation ou la sécurité, et avaient un effet accessoire et négatif sur les droits de chasse des Indiens, ces lois pouvaient s'appliquer aux Indiens - pourvu qu'elles n'entrent pas en conflit avec un droit reconnu issu d'un traité ou avec une loi fédérale valide. Ainsi, avant l'entrée en vigueur de l'article 35, il n'existait de protection contre des lois provinciales limitant de façon accessoire les droits de chasse des Indiens que si une telle loi entrait en conflit avec un droit issu d'un traité ou si une loi fédérale valide pourrait s'appliquer. L'article 35 assure donc une protection supplémentaire contre des lois provinciales de ce genre dans les cas où il est possible de démontrer l'existence d'un droit ancestral. Toutefois, les restrictions valides des droits issus des traités imposées avant 1982 restent en vigueur. Dans la récente affaire *Horseman* c. *La Reine,* la Cour suprême du Canada a jugé que les dispositions des Accords de transfert des ressources naturelles concernant les droits de chasse imposaient à certains de ces droits des restrictions valides établies avant 1982.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

2. Lois fédérales

Le pouvoir législatif fédéral concernant les "Indiens et les Terres réservées aux Indiens" était considéré tellement absolu, avant l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'il supplantait les droits issus de traités et les droits ancestraux qui n'étaient pas explicitement protégés par la législation fédérale. Dans ce contexte, la législation fédérale inclut les règlements administratifs valides pris par des conseils de bande. Les règlements administratifs adoptés par des conseils de bande en vertu de la *Loi sur les Indiens* ont été reconnus comme ayant préséance sur les règlements établis en vertu de la *Loi sur les pêches* à l'égard de la pêche sur les réserves (*R* c. *Jimmy*, [1987] 5 W.W.R. 755 (C.A. C.-B.); *R.* c. *Ward*, [1989] 2 C.N.L.R. 142 (C.A. N.-B.).

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en consacrant les droits ancestraux et les droits issus de traités, vient limiter encore davantage le champ d'application de la législation fédérale aux Indiens à l'intérieur et à l'extérieur des réserves ainsi qu'aux Inuits et aux Métis.

D. La *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1)

À moins que la question des droits des autochtones n'évolue à l'échelle internationale ou au niveau politique, le sort des droits ancestraux au Canada dépendra des jugements rendus à l'égard des incidences du paragraphe 35(1) sur les pouvoirs législatifs des autorités fédérales et provinciales. Depuis la Conférence des premiers ministres de 1987, le nombre de causes relatives aux droits des autochtones portées devant les tribunaux a considérablement augmenté. À moins que le dialogue constitutionnel ne reprenne, les poursuites resteront le seul moyen de déterminer les répercussions pratiques de l'article 35 ainsi que son rapport avec d'autres parties de la Constitution. D'un point de vue négatif, les litiges portant sur les droits des autochtones visent à déterminer dans quelle mesure les peuples autochtones peuvent être soustraits à l'exercice de pouvoirs législatifs provinciaux et fédéraux en raison de droits juridiques précis découlant de titres ancestraux non

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

éteints, de traités, de la Constitution, du droit international et d'autres sources. D'un point de vue positif, ces litiges permettent de déterminer l'étendue des droits fonciers collectifs et de toute souveraineté a;utochtone résiduelle qui pourrait l'emporter sur les pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux. Il est particulièrement intéressant d'examiner en quoi cette disposition a restreint la compétence conférée au gouvernement fédéral, aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en ce qui concerne "les Indiens et les terres réservées aux Indiens".

Le paragraphe 35(1) est ainsi libellé: "Les droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés". Le litige au sujet de l'article 35 porte d'abord et avant tout sur la question de savoir si les droits existants, qu'ils soient ancestraux ou issus de traités, demeurent ou seront assujettis à la réglementation passée ou future.

La Cour suprême du Canada a rejeté, dans l'affaire *Sparrow* c. *la Reine* (mai 1990), l'hypothèse selon laquelle l'expression "reconnus et confirmés" traduit une simple reconnaissance des droits ancestraux et des droits issus de traités, sans avoir d'effet juridique important ni supposer une protection aux termes de la Constitution.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sparrow* montre que l'article 35 peut limiter l'application des lois fédérales et provinciales à l'égard de tous les peuples autochtones. Le jugement définit les critères à appliquer pour établir qu'une loi fédérale empiète sur un droit ancestral ou issu de traité contraire au sens et à l'objet de l'article 35.

De façon générale, la Cour a statué dans l'affaire *Sparrow* que même si l'article 35 n'assure pas une immunité à l'égard de la réglementation fédérale, cet article exige que les restrictions imposées par des lois aux droits qu'il garantit soient justifiées par un objectif légisaltif valide, préservent l'honneur de la Couronne et respectent "le lien contemporain unique, enraciné dans l'histoire et dans la politique, qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada." Le raisonnement retenu par la Cour pour déterminer l'existence d'un empiètement injustifié peut se résumer de la façon suivante:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

1) Il incombe à la personne qui prétend qu'il y a empiètement de prouver que le règlement ou la loi en cause constitue, *de prime abord*, un empiètement sur les garanties de l'article 35. Pour savoir s'il y a eu empiètement sur un droit ancestral, il faut chercher à voir si la mesure législative en cause avait pour objet ou effet d'empiéter indûment sur les intérêts protégés par ce droit. On pourrait notamment se demander si la limite imposée est raisonnable; si le règlement impose des privations indues; ou s'il prive les détenteurs du droit à leur moyen privilégié d'exercer ce droit?

2) S'il est établi qu'il y a, *de prime abord*, empiètement, le gouvernement ou la partie qui veut maintenir la loi en vigueur doit démontrer une double justification. Premièrement, il lui faudra faire la preuve que la mesure législative en cause avait un objectif valide (par exemple la volonté sincère d'assurer la conservation ou la sécurité). Le cas échéant, il faudra tenir compte de l'honneur de la Couronne et des rapports de confiance privilégiés et de la responsabilité du gouvernement à l'égard des autochtones. Dans son analyse touchant la justification, la Cour a déclaré que, selon les circonstances, d'autres questions peuvent se poser, notamment celle de savoir si la réalisation du résultat souhaité a occasionné le moins d'empiètement possible sur les droits; si, dans un cas d'expropriation, une juste indemnité a été accordée; et si le groupe autochtone a été consulté au sujet des mesures de conservation appliquée.

Cette analyse s'appliquerait aux questions touchant les droits ancestraux et les droits issus de traités à l'intérieur et à l'extérieur des réserves.

Essentiellement, la Cour a adopté comme approche, au sujet de l'article 35, que les règlements passés et à venir ayant une incidence sur les droits ancestraux et sur ceux issus des traités soient examinés cas par cas, et qu'ils soient maintenus s'ils ont été promulgués en raison de considérations législatives valables, par exemple la conservation ou la sécurité. Les tenants de cette théorie estiment que les droits ancestraux n'ont rien d'absolu ni d'immuable et qu'ils doivent être traités comme tous

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

les autres droits dans le cadre du système judiciaire canadien: ils sont eux aussi assujettis à un équilibre des intérêts et des valeurs lorsque des intérêts concurrents sont en cause. Enfin, la décision rendue dans l'affaire *Sparrow* est importante parce qu'elle met en évidence l'obligation fiduciaire générale du gouvernement fédéral à l'égard des autochtones.

E. La *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(3)

Le paragraphe 35(3) revêt également de l'importance. Il dispose que sont compris parmi les "droits issus de traités", dont il est fait mention au paragraphe 35(1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. On considère que ces accords jouissent ainsi d'une vaste protection constitutionnelle. Par conséquent, le gouvernement fédéral estime que les questions d'autonomie politique doivent être négociées en dehors du processus de règlement des revendications pour éviter l'enchâssement "indirect" dans la constitution d'un droit à l'autonomie politique. Le Cabinet a réexaminé cette politique et l'a de nouveau confirmée en février 1990. Les accords sur les revendications négociées avec les Cris et les Naskapis en 1975 et en 1978 prévoient toutefois une négociation ultérieure sur l'autonomie politique pour les groupes en cause. Selon une décision de la Cour provinciale rendue au Québec dans l'affaire *Eastmain Band* c. *Gilpin*, la loi fédérale adoptée en vertu de ces accords, la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, a été enchâssée dans la Constitution et ne peut être remaniée qu'au moyen d'une modification à la constitution. Il est difficile de dire s'il est possible d'exclure les ententes sur l'autonomie politique de la protection offerte par les paragraphes 35(1) et (3) lorsque les négociations sur l'autonomie politique sont nettement reliées au processus de règlement des revendications.

Le paragraphe 35(2) dispose que l'expression "peuples autochtones" s'entend des "Indiens, des Inuit et des Métis". Voilà qui a compliqué encore plus le sens "d'Indiens" pour des fins constitutionnelles en général et en ce qui concerne le paragraphe 91(24) en particulier de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au gouvernement fédéral la compétence sur "les Indiens et les terres réservées aux Indiens". En 1933,

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

la Cour suprême du Canada a statué que le mot "Indiens" utilisé dans cette disposition inclut le peuple connu alors sous le nom de "Esquimaux", et que l'on appelle aujourd'hui "Inuit". Ainsi, il faut se demander si le mot "Indiens" au paragraphe 91(24) s'entend des Métis et des Indiens non inscrits. Le gouvernement abdique toute responsabilité pour les Métis depuis 1921 (lorsqu'une politique fédérale prévoyant l'octroi de terres et d'argent aux Métis de l'Ouest en retour de l'extinction de leurs titres ancestraux a été menée à bonne fin).

F. *Loi constitutionnelle de 1982*, article 25

L'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose que le fait que la Charte des droits et libertés garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés -- ancestraux, issus de traités ou autres -- des peuples autochtones du Canada. Kenneth Lysyk a fait observer que la principale caractéristique de l'article 25, c'est qu'il ne vise pas à créer de nouveaux droits, mais plutôt à faire en sorte que les droits et les libertés des peuples autochtones qui existent indépendamment de la Charte ne sont pas pour autant restreints par celle-ci. On parle le plus souvent de l'article 25 comme d'un bouclier qui protège les droits autochtones contre les effets néfastes des droits conférés par la Charte; c'est-à-dire, comme une simple cause dérogatoire, qui n'a aucun effet juridique important sur les droits autochtones.

G. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 37 et 37.1

Les articles 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* exigeaient la tenue d'une série de conférences constitutionnelles qui intéressaient directement les peuples autochtones du Canada et auxquelles des représentants des peuples autochtones seraient invités à participer. Seule la conférence de 1983 a permis d'apporter des modifications aux dispositions promulguées en 1982. Une des modifications (article 37.1) a fait passer le nombre requis de conférences d'une à "au moins deux conférences constitutionnelles". De plus, deux paragraphes ont été ajoutés à l'article 35. Le paragraphe 35(3) dispose que "les droits issus de traités", dont il est fait mention au paragraphe (1) comprennent les droits

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

existants issus d'accords portant règlement de revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis; le paragraphe 35(4) dispose que "indépendamment de toute autre disposition de la présente Loi, les droits -- ancestraux ou issus de traités -- visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes". Le paragraphe 35.1, qui a également été ajouté en 1983, prévoit qu'avant toute modification de la catégorie 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou des articles 25, 35 ou 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, une conférence constitutionnelle à laquelle participeront les peuples autochtones devra être convoquée.

Comme on l'a déjà dit, les conférences n'ont pas permis de trouver un moyen d'enchâsser un droit des autochtones à l'autonomie politique, et aucune autre conférence n'a été prévue. Fait à signaler, le paragraphe 37.1 n'exclut pas la convocation d'autres conférences sur la question des droits des autochtones. Cette initiative reste à la discrétion du Premier ministre, sauf dans les cas prévus à l'article 35.1.

H. Perspectives interculturelles sur les droits des autochtones

Une large part du débat sur les revendications territoriales autochtones et la situation des autochtones sur le plan constitutionnel s'inscrit dans le cadre de l'élaboration d'une doctrine de *common law* des "droits autochtones". Dans la collectivité autochtone, toutefois, certains se demandent s'il convient qu'un peuple autochtone tente de défendre ses intérêts juridiques et politiques collectifs au moyen d'une structure théorique conçue et régie par la collectivité non autochtone dominante. Dans un article publié en 1989 dans *Canadian Woman Studies*, Mary Ellen Turpel, avocate et professeur autochtone, se demande dans quelle mesure une doctrine des droits des autochtones découlant d'une tradition démocratique libérale est compatible avec les valeurs des peuples autochtones en matière de responsabilité à l'égard de la collectivité, de spiritualité, de territoire et de vie familiale et sociale. Elle se demande si le cadre juridique à l'intérieur duquel on discute actuellement des droits des autochtones ne sert pas seulement à restreindre les possibilités de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

reconnaître véritablement l'existence des peuples autochtones en tant que cultures distinctes et collectivités politiques qui ont le pouvoir de vivre sans réglementation ni surveillance extérieures.

Les nombreux barrages routiers et autres mesures de protestation qui se sont produits un peu partout au pays témoignent clairement d'une baisse évidente de la confiance des peuples autochtones dans le processus de règlement des revendications territoriales. Les autochtones se sentent constamment forcés d'avoir recours à des procédures coûteuses à cause de l'interprétation étroite que font les gouvernements fédéral et provinciaux des droits ancestraux et des droits issus des traités. Les autochtones estiment que les décisions favorables qu'ils ont récemment obtenues de la Cour suprême ne sont pas suivies des changements politiques qu'ils jugent conformes à l'esprit de ces décisions.

La frustation ressentie par les autochtones, l'impression d'être exclus du processus de réforme constitutionnelle et le sentiment que leurs revendications sont intentionnellement entravées ont amené l'Assemblée des Premières nations (APN) à adopter en 1987 une stratégie "d'action directe" non violente. Cette stratégie vise à exercer des pressions en vue d'amener le gouvernement canadien à négocier certaines questions fondamentales. Dans l'ouvrage intitulé *Drumbeat*, le chef national de l'Assemblée des Premières nations, Georges Erasmus, explique de la façon suivante les confrontations de plus en plus nombreuses entre les Premières nations et les autorités gouvernementales partout au Canada:

> Ces confrontations ont permis à notre peuple de se rendre compte que les actions non violentes de désobéissance civile, non seulement soulèvent l'enthousiasme et la solidarité dans nos propres rangs; non seulement suscitent l'intérêt pour nos doléances et nous attirent un appui public considérable à l'extérieur de nos collectivités, mais ont également l'effet recherché de forcer les gouvernements, à cause des pressions de l'opinion publique, à nous prendre plus au sérieux et même à reprendre les négociations.
> (traduction)

L'APN et d'autres organisations autochtones ont déclaré qu'elles ne prônent pas la violence comme moyen d'atteindre leurs objectifs. Elles disent toutefois comprendre le sentiment de frustration

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

qui anime les Mohawks armés de Kanesatake et de Kahnawake au sujet des questions de revendications territoriales et d'autonomie politique.

À la suite des événements de l'été 1990, plusieurs organismes autochtones ont prédit l'éclatement d'autres manifestations de désobéissance civile dans tout le pays si la question des droits territoriaux autochtones ne fait pas l'objet de réformes majeures avant l'été 1991. Le premier ministre a annoncé en septembre 1990 que des réformes sont prévues dans les domaines suivants: 1) l'accélération du processus de règlement des revendications territoriales; 2) le règlement du problème que posent les conditions économiques et sociales sur les réserves; 3) l'amélioration des rapports fondamentaux entre les peuples indiens et les gouvernements et 4) la modification de la *Loi sur les Indiens*.

MESURES PARLEMENTAIRES

Le premier règlement moderne des revendications a été ratifié par une loi fédérale, la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, S.C. 1976-1977, c. 32. La Convention du Nord-Est québécois qui règle les revendications foncières des Naskapis du Québec vient compléter la Convention de la Baie James et a été ratifiée par décret en 1978. La Convention définitive des Inuvialuit a été ratifiée par la *Loi sur le règlement des revendications des Inuvialuit de la région ouest de l'Arctique*, S.C. 1984, c. 24.

La mesure législative la plus importante des dernières années s'est révélée être la promulgation des dispositions constitutionnelles portant sur les droits ancestraux et issus de traités contenues dans la Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.) 1982, c. 11 (articles 25, 35 et 37). Ces dispositions ont été ajoutées au moyen de la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*.

Le projet de loi S-18, Loi favorisant la réalisation des aspirations des peuples autochtones du Canada, a été déposé au Sénat le 19 juin 1990 par le sénateur Charlie Watt. Le projet de loi concerne les effets du statut constitutionnel spécial des autochtones et de leurs liens

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

avec le gouvernement fédéral. Il obligerait le gouvernement du Canada à entamer des négociations et à prendre d'autres mesures sur un certain nombre de questions fondamentales comme l'autonomie politique, les revendications territoriales et le développement économique.

CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS

1725 - Conclusion du premier d'une série de traités de paix précédant la Confédération entre les peuples autochtones des Maritimes et le gouvernement colonial britannique.

1763 - La Proclamation royale de 1763 codifie une pratique coloniale de plus en plus répandue qui consiste à obtenir des Indiens qu'ils cèdent leurs terres avant qu'il y ait colonisation.

1867 - Promulgation du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui confère au gouvernement fédéral le pouvoir d'adopter des lois sur "les Indiens et les terres réservées aux Indiens".

1871-1921 - Négociation d'une série de traités numérotés importants concernant les provinces des Prairies et certaines parties de la Colombie-Britannique ainsi que l'Ontario et les deux territoires.

Années 1870 à 1921 - Une série de "Commissions métis" se déplacent avec les commissions aux traités pour trancher les revendications des Métis au titre ancestral en offrant à ces derniers un certificat de concession de terrains en tant que Métis.

1876 - Adoption de la première codification de la *Loi sur les Indiens* qui impose un système uniforme de gouvernement de bande assujetti au contrôle fédéral.

1889 - Dans l'affaire *St. Catharines Milling and Lumber Co.* c. *La Reine*, le Conseil privé statue que le titre indien en tant que "droit personnel de la nature de l'usufruit" ne peut être aliéné qu'à la Couronne.

1969 - Le gouvernement fédéral publie un Livre blanc dans lequel il recommande la suppression de toutes les distinctions juridiques entre les peuples indigènes et les autres Canadiens. La politique est entièrement rejetée par les peuples indiens qui

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

affirment la validité de leur position constitutionnelle unique. Le gouvernement retire le Livre blanc.

- Le gouvernement fédéral annonce son intention de respecter ses obligations légales à l'endroit du peuple indien.

Années 60 et 70 - L'activité fébrile des Indiens à l'égard des revendications territoriales et d'autres questions entraîne divers changements à la politique fédérale des affaires autochtones et aux projets de recherche sur les revendications territoriales, dans tout le pays.

1973 - La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Calder* c. *le Procureur général de la Colombie-Britannique* oblige le gouvernement fédéral à reconnaître dorénavant l'existence en *common law* du titre ancestral.

1973 - Le gouvernement fédéral annonce des politiques sur les revendications globales et particulières pour ce qui est des revendications fondées sur le titre ancestral non éteint, les droits issus de traités non respectés et d'autres obligations juridiques.

1974 - La Convention de la Baie James et du nord québécois vise à régler les revendications des Cris et des Inuits du nord du Québec. Les négociations ont été entamées avant l'annonce d'une politique des revendications globales.

Années 80 - Augmentation importante des poursuites relatives aux droits ancestraux. La Cour suprême, dans ses décisions, insiste sur le fait que les droits ancestraux sont des droits juridiques uniques qui peuvent avoir pour effet d'imposer une obligation au gouvernement fédéral.

1982 - Promulgation de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui comporte trois dispositions sur les droits ancestraux et issus de traités (articles 25, 35 et 37).

1983 - La Proclamation modifiant la Constitution augmente le nombre de conférences des premiers ministres sur les questions constitutionnelles intéressant les autochtones et modifie les dispositions de 1982.

1984 - Signature de la Convention définitive des Inuvialuit pour le règlement des revendications des Inuits de l'Arctique de l'ouest -- première et seule entente

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

définitive conclue dans le cadre du processus des revendications globales.

1985 - Un groupe de travail fédéral chargé d'examiner la politique sur les revendications globales publie le rapport *Traités en vigueur: ententes durables.*

1986 - Le gouvernement fédéral annonce des modifications à sa politique des revendications globales.

1987 - Le Comité permanent des Affaires autochtones et du développement du Nord tient des audiences sur la politique des revendications globales, mais ne présente pas de rapport.

1988 - Un comité spécial de l'Association du Barreau canadien examine les droits ancestraux et fait 30 recommandations dans son rapport *Droits autochtones: Un programme d'action.*

1990 - Conventions définitives conclues avec les Déné/Métis des Territoires du Nord-Ouest et le Conseil des Indiens du Yukon au sujet de leurs revendications globales. Entente de principe conclue avec la Fédération Tungavik à Nunavuk (Est de l'Arctique).

1991 - Les affaires *Sioui, Sparrow, et Horseman* sont les premières causes contestées devant la Cour suprême en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982.*

1991 - La Cour suprême de la Colombie-Britannique rend une décision défavorable dans l'affaire *Delgamuukw* concernant le titre ancestral des Gitskan et des Wet'suwet'en en Colombie-Britannique.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Aki-Kwe/Mary Ellen Turpel. "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter of Rights and Freedoms." *Canadian Woman Studies,* 10:149, été/automne 1989.

Association du Barreau canadien. *Le droit des autochtones au Canada: Du défi à l'action.* Ottawa, 1988.

Cumming, Peter et Neil Mickenberg, éd. *Native Rights in Canada.* 2e édition. Toronto, Indian-Eskimo Association and General Publishing Co., 1972.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada." (1982) 4 *Supreme Court Law Review*, p. 254-265.

Ministère des Affaires indiennes et du Nord. *Dossier en souffrance: Une politique des revendications des autochtones.* Ottawa, Approvisionnements et Services, 1982.

Ministère des Affaires indiennes et du Nord. *Traités en vigueur: Ententes durables (Rapport du Groupe de travail chargé d'examiner la politique des revendications territoriales globales).* Ottawa, 1985.

Ministère des Affaires indiennes et du Nord. *La politique des revendications territoriales globales.* Ottawa, Approvisionnements et Services, 1987.

Morse, Brad (éd.). *Aboriginal People and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada.* Ottawa, Carleton University Press Inc., 1985.

Sanders, Douglas. "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada (Sections 25 and 35)." *The Canadian Charter of Rights and Freedoms.* Sous la direction de G.A. Beaudoin et E. Ratushny. Toronto, Carswell, 1989, p. 707-738.

Weaver, Sally. *Making Canadian Indian Policy the Hidden Agenda, 1968-70.* University of Toronto Press, 1981.

Woodward, Jack. *Native Law.* Toronto, Carswell, 1989.

CAUSES

Calder c. *Le Procureur général de la Colombie-Britannique* [1973] S.C.R. 313.

Canadian Pacifique Ltée c. *Paul* [1989] 1 C.N.L.R. 47, [1988] 2 S.C.R. 654.

Guerin c. *La Reine* [1984] 2 S.C.R. 335.

Hamlet Lake c. *Le ministère des Affaires indiennes* (1978), 87 D.L.R. (3d) 342.

Nowegijick c. *La Reine* [1983] 1 S.C.R. 29.

R. c. *Agawa* [1988] 3 C.N.L.R. 73, Cour d'appel de l'Ontario.

R. c. *Arcand* [1989] 2 C.N.L.R. 110, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

R. c. *Flett* [1989] Jugement du Manitoba n° 416, 1er septembre 1989.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

R. c. *Horseman* [1990] 3 C.N.L.R. 95 (C.S.C.).

Simon c. *La Reine* [1985] 2 S.C.R. 387.

Sioui c. *La Reine* [1990] 3 C.N.L.R. 127 (C.S.C.).

Sparrow c. *R.* [1990] 3 C.N.L.R. 160 (C.S.C.).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

SITUATION DES REVENDICATIONS TERRITORIALES AUTOCHTONES
(fondé sur des renseignements reçus du ministère des Affaires indiennes et du Nord)

REVENDICATIONS GLOBALES (EN JUILLET 1990)

Revendications réglées	3
- Cris et Inuit (Québec)	
- Naskapi (Québec)	
- Inuvialuit (T. N.-O.)	
Revendications en voie de négociation	6
- Conseil de la Tribu Nisga	
- Association Inuit du Labrador	
- Conseil Attikamek Montagnais	
- Association de la Nation Déné et des Métis des T. N.-O.	
- Fédération Tungavik de Nunavut	
- Conseil des Indiens du Yukon	
Revendications acceptées	19
Revendications rejetées	4
Revendications à l'étude	6
Mesures suspendues à la demande des requérants	1
Revendications prévues	10

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

REVENDICATIONS PARTICULIÈRES (AU 30 MARS 1990)

Revendications réglées

- Règlements conclus	44	
- Rejets	44	
- Renvois à une autre instance administrative	69	
- Fermetures de dossiers	48	
Nombre total de revendications réglées:		205

Revendications en voie traitement

- Revendications en voie d'être réglées	6	
- Mandat de négociation approuvé	15	
- À l'étape de l'élaboration du mandat	51	
- À l'étude au ministère de la Justice	73	
- À l'étude à la D.G. des revendications particulières	130	
Nombre total de revendications en voie de traitement:		275

Autres revendications

- Revendications suspendues	21	
- Revendications faisant l'objet d'un litige	22	
- Revendications réévaluées par les requérants	55	
Nombre total d'autres revendications:		98

Nombre total de revendications présentées à ce jour par les bandes: 578